

Análise do processo de Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro¹

Mariana Santos de Barros
Luiza Nogalli Giannetti

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar, a forma como a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 recepciona os Tratados que visam assegurar a proteção e instrumentalização dos Direitos Humanos. O presente trabalho ainda abordará a forma como tais Tratados incorporam-se ao Ordenamento Jurídico brasileiro, bem como, os pressupostos principais relativos às Teorias Monista, Dualista, e suas peculiaridades. Analisaremos a Jurisprudência Nacional, bem como, as regras concernentes a interpretação, no que tange à conformidade de tais Tratados ao Ordenamento Pátrio. Ressalte-se ainda, que a metodologia a ser na utilizada na elaboração do trabalho em tela, será a lógico-dedutiva, guiada por pesquisa bibliográfica, normativa, doutrinária, bem como, Jurisprudencial. Referido tema se mostra de suma relevância social, tendo em vista que a preservação dos Direitos Humanos é uma preocupação mundial, ou seja, que atravessa as fronteiras de nosso país, e não está restrita tão somente a um Estado em particular.

Palavras Chave: Direito Interno; Direito Internacional; Tratados; Direitos Humanos;

Abstract

The main objective of this work is to analyze the way that Constitution of the Brazilian Federal Republic 1988 welcomes international treaties aimed at ensuring the protection and exploitation of Human Rights. This work also will address how such treaties are incorporated into the Brazilian legal system, as well as the main assumptions about Monist Theories, Dualist, and its peculiarities. We will review the National Court and the rules concerning the interpretation, regarding the compliance of such treaties to Homeland Planning. It is worth mentioning also that the methodology to be used in the preparation of the work on display will be the logical-deductive, guided by bibliographical research, normative, doctrinal as well as Jurisprudence. That theme shows of great social relevance, with a view to the preservation of human rights are a global concern, namely that crosses the borders of our country, and is not restricted solely to a particular state.

Keywords: Internal law; International right; Treaties; Human rights;

¹Artigo realizado sob orientação do Professor Dr. Eduardo Biacchi Gomes responsável pelo Grupo Patrias - Plataforma de Análises Acadêmicas e Técnica de Direito e Relações Internacionais da América do Sul: do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil.

Introdução

No dia 27 de julho de 1988 o Deputado Ulysses Guimarães deu por encerrado os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, e indagou “O povo nos mandou aqui para fazê-la, não para ter medo. Viva a Constituição de 1988! Viva a vida que ela vai defender e semear!”.² Este novo momento histórico em que fora promulgada a nossa Constituição Federal foi muito importante, pois significou o rompimento com os regimes político e jurídico, autoritários que o Estado brasileiro atravessou nos 24 anos que antecederam a promulgação de nossa Carta Magna³.

A Constituição da República Federativa de 1988 é sem sombra de dúvidas a maior representação do Estado Democrático de Direitos, ao qual estamos inseridos, tendo em vista que surgiu, após grande luta, que buscava o rompimento com o regime totalitário⁴.

O Constitucionalismo Contemporâneo prescinde de normas programáticas e muitos autores falam em um totalitarismo constitucional, tendo em vista que, há muitos dispositivos que estabelecem conteúdo social, os quais estipulam programas de Governo, bem como, metas que o Estado deve atingir⁵.

Outros autores ainda destacam a existência de um constitucionalismo globalizado, em que, busca-se, difundir o ideal de proteção e propagação dos Direitos Humanos, dentre todas as nações.⁶ Temos uma Constituição que além das regras de organização do Estado e seus Poderes, compreende um extenso catálogo de Direitos Fundamentais⁷.

²ANGELO, Vitor Amorim de. **Constituição de 1988:** Contexto histórico e Político. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/constituicao-de-1988-1-contexto-historico-e-politico.htm>>. Acesso em: 12. Set. 2016.

³ SHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização o direito no contexto da Constituição de 88. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (Coord). **Direito Constitucional Brasileiro:** Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.45-60; 46.

⁴MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos e Relações Internacionais:** Doutrina e Instrumentos Internacionais do Proteção dos Direitos Humanos. Campinas: Agá Juris, 2000. p. 27.

⁵LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 13. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 7.

⁶ Idem.

⁷DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzana. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico:** As faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação moral da Constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

Ressalte-se ainda que a nossa Carta Magna é o documento que de fato acentuou a importância dos deveres e garantias individuais dos cidadãos, o que sem sombra de dúvidas foi muito positivo para toda a sociedade⁸.

No que se refere as relações entre normas de Direito Interno e normas de Direito Internacional, deve-se salientar que, tal relação não é das mais simples, muito pelo contrário, é bem complexa⁹. No que tange as relações entre o Direito Internacional e Direito Interno há atualmente, duas correntes que contrapõem-se, temos a Teoria Dualista e a Teoria Monista, ou seja, não há pacificação, no que se refere a incorporação dos Tratados Internacionais, bem como de sua hierarquia no Ordenamento Jurídico brasileiro¹⁰. Sobretudo observa-se o que diz nossa Constituição Federal em seu artigo 5º § 2º e 3º:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Nos casos supracitados dispõem como ocorre a incorporação dos Tratados de Direitos Humanos ao Direito Interno brasileiro. Existe divergência doutrinária muito extensa e contundente no que se refere à hierarquia dos Tratados Internacionais, em nosso Ordenamento Jurídico, de modo que, há autores que defendem que os Tratados possuem força de Lei, e há autores que defendem que os Tratados possuem natureza jurídica própria, o que os coloca acima das Leis¹¹. Aqui é a questão do posicionamento hierárquico dos tratados, mais do que tudo. Parágrafo segundo. Cláusula de abertura para que os tratados de direitos humanos tenham grau de hierarquia constitucional.

Atualmente nosso Estado é compreendido como Estado Constitucional Cooperativo, de modo que, apesar de preservar suas características nacionais, promove

⁸ Ibidem, p. 27-28.

⁹ RAMINA, Larissa. **Direito Internacional Convencional**. Rio Grande do Sul: Unijui, 2006. p. 15.

¹⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. O Direito Internacional PÚblico no Direito Brasileiro. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Dimensão Internacional do Direito: Estudos em Homenagem a G.E. do Nascimento e Silva**. São Paulo: LTR, 2000. p. 297.

¹¹ Ibidem, p. 297-298.

intercâmbio no plano internacional¹². Deve-se ressaltar que: “Os procedimentos de concretização das democracias, a independência da jurisdição – principalmente da jurisdição constitucional – e os mecanismos de proteção interna e externa dos direitos humanos são decisivos para a consagração de um modelo de cooperação entre os Estados”¹³.

No que tange a proposta do artigo, cumpre salientar que, o mesmo torna-se intenso e complexo, acabando por despertar maiores dúvidas, quando analisamos a forma que os Tratados que versam sobre Direitos Humanos são incorporados à legislação interna. Bem como, quando estudamos a relação que se estabelece entre eles, as normas constitucionais e infraconstitucionais, produzidas pelo Poder Legislativo de cada País.

A análise proposta pelo presente trabalho é direcionada para a exposição de como a doutrina trata o tema. Analisaremos ainda, a evolução da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, sobre a incorporação dos Tratados Internacionais ao Ordenamento Jurídico Nacional, principalmente no tocante a edição da emenda constitucional n.45 de 2004 que inseriu o § 3º no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Deve-se ressaltar que os Tratados de Direitos humanos, registram ao longo da sua história, significativas variações, avanços, e transformações. Ressalte-se que o objetivo deste artigo não é o de esgotar o tema em si, mas, tão somente, abordá-lo, a partir da análise de diversos autores, especialistas no assunto, seguindo a metodologia lógico-dedutiva.

A Importância de Preservar os Direitos Humanos em âmbito Nacional e Internacional

Os Direitos Humanos representam direitos essenciais para todos os indivíduos, podemos compreendê-los, como, um conjunto de valores, atos e normas, que propiciem aos indivíduos uma vida digna¹⁴. Ou seja, os Direitos Humanos são compostos essencialmente por “(...) todas as normas jurídicas externas e internas que visam

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1064-1065.

¹³ Ibidem, p. 1065.

¹⁴ OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito Constitucional: Direitos Humanos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 15.

proteger a pessoa humana, tais como tratados, convenções, acordos ou pactos internacionais, bem como as Constituições dos Estados e suas normas infraconstitucionais”¹⁵.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é decorrente do período pós-guerra, tendo suas raízes implantadas, após as atrocidades cometidas na era Hitler, durante a Segunda Guerra Mundial. Ocorre que os Estados refletiram e chegaram a conclusão de que aquelas barbaridades, poderiam ter sido evitadas se existisse um Sistema de Proteção Internacional de Direitos Humanos, que interviesse naqueles acontecimentos¹⁶.

Segundo Hannah ARENDT: “só conseguimos perceber a existência de um direito de ter direitos (...) quando surgiram milhões de pessoas que haviam perdido esses direitos e não podiam recuperá-los devido a nova situação política global”¹⁷.

No que se refere aos Direitos Humanos, de acordo com o autor Sidney GUERRA:

Após a hecatombe a Segunda Guerra Mundial, durante a qual o mundo teve de assistir a uma série de barbaridades envolvendo milhares de pessoas, sentiu-se a necessidade de se criar mecanismos que pudessem garantir proteção aos seres humanos. A partir daí floresce uma terminologia no Direito Internacional relacionando-o aos Direitos Humanos: o Direito Internacional dos Direitos Humanos¹⁸.

A autora Melina Girardi FACHIN, ressalta que no período atual, ocorre o fenômeno da internacionalização da proteção do indivíduo, ressaltada a premissa de resguardar a integridade dos indivíduos, frente aos horrores perpetrados durante a Segunda Guerra Mundial¹⁹.

Em linhas gerais os Direitos Humanos referem-se à institucionalização de Direitos e Garantias inerentes aos indivíduos, de modo que lhes sejam assegurados o

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

¹⁷ ARENDT, Hanna. *As origens do Totalitarismo*. São Paulo: Cia das Letras, 1989. p. 333.

¹⁸ GUERRA, Sidney. Os Direitos Humanos numa Perspectiva do Direito Internacional: para uma Justiça Cosmopolita? In: __ (Coord.). *Direitos Humanos: Uma Abordagem Interdisciplinar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 1-16; 1.

¹⁹ FACHIN, Melina Girardi. *Direitos Humanos e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 17-18.

respeito à sua dignidade, deve-se priorizar, ao menos, as condições mínimas de existência e de desenvolvimento da personalidade²⁰.

No que se refere aos Direitos Humanos, existe uma consciência internacional, ou seja, é predominante a ideia de que todos os indivíduos, por possuírem o status de seres humanos, são sujeitos de direitos e por esse motivo, merecem ter tais direitos tutelados nacional e internacionalmente²¹.

De acordo com o autor Fabio Konder COMPARATO, a primeira geração de Direitos Humanos priorizava as liberdades individuais dos cidadãos em detrimento do Estado. Ou seja, impunha-se ao Estado o dever de não interferir nas liberdades dos indivíduos, de modo que, deve-se respeitar a liberdade religiosa, de pensamento, de locomoção, dentre outros²².

A segunda geração de Direitos Humanos passou a exigir do Estado uma atuação positiva no que concerne a garantia de tais Direitos, deve-se ressaltar que sob essa perspectiva é dever do Estado assegurar a sociedade o acesso à educação, saúde, moradia, emprego, previdência social, dentre outros²³.

Adelino BRANDÃO assevera que, constitui alicerce fundamental ao Estado Democrático de Direito, a proteção dos Direitos Humanos, o Estado, seus agentes e representantes possuem o dever de resguardar tais direitos e garantias²⁴.

Deve-se observar que o Brasil é signatário de diversos Tratados Internacionais, que visam assegurar, a prevalência dos Direitos Humanos, de modo que, existe ainda, todo um aparato Internacional, que visa assegurar o cumprimento de tais Tratados. Por óbvio que a soberania dos países é inquestionável, contudo no caso de violações de Direitos Humanos, países signatários de Pactos, podem ser responsabilizados.

Apesar de existir uma conformidade Internacional no que tange ao dever de respeitar a autonomia dos Estados, Celso D. de Albuquerque MELLO, assevera que, no

²⁰ QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Resumo de Direitos Humanos e da Cidadania: Roteiro Prático para Concursos.** São Paulo: Iglu, 2001. p. 33.

²¹ WOLKMER, Antonio Carlos; BATISTA, Anne Carolinne. Direitos Humanos e Processos de Lutas na Perspectiva da Interculturalidade. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coords.). **Teoria Crítica dos Direitos Humanos:** Memoriām Joaquín Herrera Flores. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 131-151; 140-141.

²² COMPARATO, Fábio Konder. Direitos Humanos e Estado. In: FESTER, Antonio Carlos Ribeiro. **Direitos Humanos e...** São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 93-105; 95.

²³ Idem.

²⁴ BRANDÃO, Adelino. **Os Direitos Humanos Antologia de Textos Históricos.** São Paulo: Landy, 2001. p. 38.

que concerne a intervenção Internacional, tal prática é comum, e não se dá tão somente por meios militares. Pelo contrário a intervenção na grande maioria das vezes se dá de forma Diplomática ou mesmo por meios econômicos²⁵. Não descartando-se, a Jurisdição Internacional, onde os Estados podem ser processados e até mesmo condenados por não respeitarem Tratados Internacionais, por meio dos quais comprometeram-se anteriormente.

Tratados Internacionais como Mecanismo de Proteção dos Direitos Humanos

O Estado brasileiro como signatário de diversos Tratados Internacionais, dentre estes, muitos versam sobre Direitos Humanos. Conforme fora abordado no tópico anterior, criar mecanismos para garantir o respeito e combater a violação de tais direitos em âmbito Internacional é de extrema relevância.

De acordo com Francisco REZEK, os Tratados Internacionais são acordos destinados a produzir efeitos jurídicos, são realizados de forma solene, entre os Estados, ou seja, entre Pessoas Jurídicas de Direito Internacional Público²⁶. Considera-se os Tratados Internacionais como “instrumentos”, de modo que, o que os identifica é seu processo de produção e sua forma final, e não propriamente seu conteúdo²⁷.

Guido Fernando da Silva SOARES assevera que:

Os tratados Internacionais são atos solenes entre os Estados, tão antigos quanto as relações amistosas ou litigiosas entre grupos políticos autônomos. A notícia de sua prática entre os povos pode ser datada dos primeiros registros escritos ou gravados em monumentos de pedra, os quais procuravam tornar claros, e em especial, com vista em sua perpetuação no tempo, tal como os valores religiosos, fundamentais das grandes civilizações, os direitos e deveres entre aquelas unidades políticas autônomas. Assim os tratados de paz ou de aliança, as arbitragens que terminavam uma guerra, encontram-se gravados em estrelas e mesmo na simbologia de antigos monumentos, que representavam, a exemplo, os deuses de povos rivais, em atitudes fraternas. A necessidade de petrificação dos direitos e deveres internacionais, em documentos

²⁵MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional Americano:** Estudo sobre a Contribuição de um Direito Regional para a Integração Econômica. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 129-130.

²⁶REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público:** Curso Elementar. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 38.

²⁷Idem.

²⁷Idem. SOARES, Guido Fernando da Silva. **Curso de Direito Internacional Público,** v.1. São Paulo: Atlas, 2002. p. 58.

claros e convenções internacionais se denominassem *jus scriptum*, em atenção aos valores expressos pelos conceitos e palavras escritos, desde os primórdios da civilização humana²⁸.

Ressalte-se que na atualidade os Tratados Internacionais possuem origem decorrente de propostas e negociações entre dois ou mais Estados, propostas essas que são formalizadas por um convite oficial²⁹.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 definiu Tratado Internacional. Segundo o art. 2º da Convenção, os Tratados são acordos formais, realizados entre dois ou mais sujeitos de direito internacional privado, visam sempre, produzir efeitos jurídicos para as partes contratantes.³⁰

Deve-se salientar que as sanções são maneiras de garantir o cumprimento das regras acordadas entre os Estados pactuantes “Quanto às sanções, são também algumas delas, idênticas às dos ordenamentos internos (indenizações civis, declarações de nulidade); outras são específicas do Direito Internacional.”³¹ Conforme fora explanado, Tratado remete à acordo regido pelo Direito Internacional, contudo, cumpre ressaltar que, dependendo de sua forma e, conteúdo, e/ou finalidade as denominações variam, de modo que, os Tratados podem ser definidos, como Convenções, Declarações, Convênios, Compromissos, dentre outros³².

Nesse sentido, cumpre salientar que os Tratados de Direito Internacional são fortes mecanismos de proteção aos Direitos Humanos, e consequentemente da Dignidade da Pessoa Humana.

O Diálogo entre o Direito Interno e Internacional

É sabido que os Tratados e as Convenções formam um Ordenamento Jurídico autônomo à Ordem Jurídica de um Estado Soberano, por isso, tais normas devem ser de introduzidas a Ordem Jurídica dos Estados a fim de que tenham aplicabilidade, bem como eficácia dos direitos protegidos.

²⁸ Idem.

²⁹ Ibidem, p. 66.

³⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit., p. 39.

³¹ FONSECA, José Roberto Franco da. Especificidades das Regras Jurídicas Internacionais. **Dimensão Internacional do Direito.** Estudo sobre a Contribuição de um Direito Regional para a Integração Econômica. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.p. 200-210; 209.

³² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit., p. 39-40.

A questão a ser pensada refere-se à compreensão da força vinculante dos Tratados, frente ao ordenamento jurídico dos Estados signatários, levando-se em consideração sua soberania. Tendo em vista que os tratos podem ser tidos como apenas instrumentos orientadores ou normas jurídicas devidamente incorporadas³³.

Por conta disso, emergem dessa discussão duas doutrinas clássicas, bem conhecidas. De um lado, os defensores da Teoria Dualista e de outro os defensores da Teoria Monista. De modo que, este trabalho irá discorrer acerca das duas teorias de forma superficial. Para melhor compreensão de como se dá o convívio dos direitos convencionados no plano internacional com o direito interno.

Os partidários da Teoria Monista, entendem que o direito em si, é um só, ou seja, integram um mesmo conjunto, vez que, apostam tanto nas normas internacionais quanto nas internas como partes integrantes de um mesmo ordenamento.³⁴ Os autores monistas se dividem em duas correntes, em que: a primeira delas, não faz distinção ao aplicar o direito, mas dá preferência ao Direito Internacional sobre o interno. Enquanto a segunda corrente, prima pela aplicação do Direito Nacional, mas sob a ótica dos preceitos delineados pelo Direito Internacional de modo optativo e não como uma regra³⁵.

Referida prevalência do Direito Internacional sobre o Direito Doméstico/ Interno, foi declarado pela Convenção de Viena sobre Direito e Tratados em seu artigo 27 “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, a qual foi ratificada pelo Brasil em 14 de dezembro de 2009³⁶. Porquanto, deve-se verificar a prevalência do Direito Internacional sobre o Direito Interno, enfatizando a observância do princípio *Pacta Sunt Servanda*, segundo o qual, os acordos devem ser cumpridos, pois criam leis entre as partes.

A Teoria Dualista, embora composta também por duas vertentes, seus partidários defendem em geral, que o Direito Interno, bem como, o Direito Internacional

³³ XIMENES ROCHA, Fernando Luiz. **A incorporação dos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos no Direito Brasileiro.** 33.n. 130 abril/jun. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 1996. p.78.

³⁴ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público.** 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 18.

³⁵ Idem.

³⁶ Decreto Nº 7.030, De 14 de Dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 06. Set. 2016.

são completamente independentes, pois existem de forma autônoma e não prescindem da existência do outro para terem aplicabilidade.³⁷ Entretanto para que o Direito Internacional tenha validade no âmbito interno, deve seguir um procedimento de incorporação ao direito interno do país em questão, respeitando o princípio da estrita legalidade³⁸.

Sob a perspectiva da referida tese, é possível observar que não haverá aplicabilidade das convenções externas, ainda que o Estado seja signatário enquanto não proceder a ratificação que é o meio pelo qual um Estado faz a confirmação formal acerca de sua obrigação para com um tratado, realizando o aceite definitivo daquilo que pactuou sob a sua jurisdição³⁹.

As correntes da Teoria Dualista são: a Radical ou Extremado e a Moderado ou Mitigado. Compreende-se da primeira vertente que a internalização dos Tratados Internacionais deve ocorrer por meio de promulgações de leis internas sobre o tema abrangido e referenciado pelo Tratado⁴⁰.

Diferentemente da vertente do Dualismo Moderado, que prega a incorporação das Normas Internacionais por um simples ato (um decreto presidencial) referido ato propicia aos Tratados Internacionais o caráter de infralegalidade⁴¹.

Posição Doutrinária Adotada pelo Brasil e Evolução da Jurisprudência Sobre do Tratamento dos Tratados de Direitos Humanos

O Estado Brasileiro adotou a tese do Dualismo Moderado, com intuito de agregar as normas externas aceitas pelo Estado ao Ordenamento Jurídico Brasileiro de forma plena, através de ato normativo do poder executivo.

³⁷ OLIVEIRA, Erivaldo da Silva. Direitos Humanos: elementos do direito. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 50.

³⁸ Idem.

³⁹ Idem.

⁴⁰ MEDEIROS, Fábio Andrade. **Monismo e Dualismo no Direito Internacional e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a Incorporação dos Tratados de Direitos Humanos ao Ordenamento jurídico nacional.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=241dfe5e876da942>>. Acesso em: 06. Set. 2016.

⁴¹ Idem.

Segundo o jurista Gilmar MENDES, quando trata-se, de análise da relação hierárquico-normativa entre os Tratados Internacionais e a Constituição, se dispensa o exame pormenorizado da polêmica entre as Teorias Monista defendida por Hans Kelsen e a Dualista defendida por Karl Heinrich Triepel, no que tange ao Direito Internacional e o Direito Interno dos Estados, por terem estas vertente tornados irrelevantes frente a discussão constitucional dos mesmos.⁴²

Por quanto ao longo da história a jurisprudência do Superior Tribunal Federal no tocante ao tema de aplicabilidade nacional dos tratados teve significativa evolução, observa-se que até 1977 o STF consagrava em diversos acórdãos a primazia do direito internacional sobre o direito interno, dando aos tratados a qualidade de lei.

Ainda o entendimento foi repetido no caso que discutiu a questão da prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia. O STF no julgamento do HC nº 72.131/RJ decidiu que o Art. 7º do Pacto de San José da Costa Rica, por ser norma geral, não revogava a legislação ordinária (Decreto-Lei nº 911/69).

Depois da entrada no ordenamento jurídico nacional do § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, o STF analisou mais uma vez a questão da incorporação dos tratados de direitos humanos ao ordenamento jurídico nacional. Novamente a questão foi debatida em um recurso extraordinário, RE nº 466.343-1 SP, cuja matéria de fundo era mais uma vez a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos e a possibilidade de prisão do depositário infiel. Colhe-se do voto:

(...)Tendo em vista o caráter supraregal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916. 44 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 2003, p. 515. 29 Enfim, desde a ratificação pelo Brasil, no ano de 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel(...)⁴³

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p.648-649.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466,343-1 SP. Recorrente Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cesar Peluso. Brasília, julgamento em 03/12/2008, Dje de 05/06/2009.

Neste julgamento a jurisprudência considerou então o caráter supralegal dos instrumentos normativos internacionais segundo a qual os tratados de direitos os tratados que versam sobre direitos humanos não devem ser incorporados como normas constitucionais, mas como normas que têm natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei.

Ainda, posicionamento do ministro Celso de MELO no mesmo julgado era de que a Constituição Federal de 1988 em sua redação original determina a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II, da CF/88) e reconhece o estatuto constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos (art. 5º, § 2º). Defendeu ainda que mesmo os anteriores à EC 45/2004, os tratados de direitos humanos deveriam normas consideradas constitucionais e assim incorporadas à legislação nacional.

Entretanto, só aquelas normas que passaram pelo regramento estipulado pela emenda constitucional n. 45 de 2004, inserida no artigo 5º, § 3º que delimita que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Tem-se como exemplo dessa forma de incorporação de tratados a integração recente da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi promulgada por meio do Decreto n. 6.949 em 25.08.2009. Ressalte-se que por tratar de Direitos Humanos, também foi observado o regramento estipulado pela emenda constitucional n. 45 de 2004. Ademais, o referido Instrumento Normativo foi incorporado ao Ordenamento Jurídico brasileiro como Emenda Constitucional e este foi o único até o presente momento assim incorporado.

De fato não se nega a evolução jurisprudência ocorrida, no entanto entende-se ainda que as normas ocupam um posicionamento inadequado de supralegalidade, vez que é importante aventar a hipótese já defendida por muitos doutrinadores da incorporação dos tratados de direitos humanos como normas constitucionais, materialmente, independente do seu procedimento formal de internalização por tutelarem direitos humanos que detém de prevalência na Constituição Federal de 1988 (art. 4º, inciso II) em que também reconhece o estatuto constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

Da Aplicabilidade dos Tratados de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Diante da grande massa de temas que são abarcados nos instrumentos internacionais é possível a existência de conflitos entre as regras externas e as normas de Direito Interno⁴⁴.

Saliente-se que é imprescindível que o tratado ratificado pelo Estado no campo internacional sofra um processo de introdução adequada e adote um status no âmbito doméstico a fim de que passe a ter aplicabilidade de seus comandos protetores dos direitos humanos de forma plena, evitando qualquer padecimento destas em virtude de incongruências com outras leis internas.

Ou até mesmo para que tenha o tratado um posicionamento hierárquico dentro do ordenamento jurídico pelo qual é adotado.

Como já descrito, o valor da Dignidade Humana foi elevado a Princípio Fundamental da Carta Magna de 1988 e tornou este Princípio como norteador e informador do Ordenamento Jurídico brasileiro. Funciona como critério de parâmetro de valoração, orientação e interpretação do Sistema Constitucional para aos Tratados de Direitos Humanos pactuados pelo Brasil.

Mesmo assim, com intuito de positivar a interpretação dada, estabeleceu a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que inseriu no artigo 5º os §§ 3º e 4º a fim de definir que os Tratados de Direitos Humanos tenham determinado rito, para serem dotados de *status* de Emenda Constitucional, por já mencionado procedimento do § 3º.

Nessa perspectiva, examina-se que nem todos os pactos de proteção aos direitos humanos foram dessa forma ratificados pelo Brasil por ter sido normatizada o referido processo somente em 2004, logo há uma vasta gama de tratados que não foram dessa forma incorporados, pois talvez não tenham recebido o quórum demandado, ou tenha sido ratificado antes da alteração constitucional.

Há quem sustente que todos os tratados, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais pois compõem o bloco de constitucionalidade, acordo com Flávia PIOVESAN:

⁴⁴ XIMENES ROCHA, Fernando Luiz. 1996. p.79.

O quórum qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a constitucionalização formal dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Com já defendido, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana (...) Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.⁴⁵

A autora Flávia PIOVESAN, defende ainda, que o bloco de constitucionalidade que é o complexo de diversos diplomas legais, pode ser tido como constitucional, em que pese não tenha sido submetido ao mesmo processo legislativo previsto na Constituição.⁴⁶

No Brasil só fazem parte do bloco de Constitucionalidade, os Tratados e Convenções Internacionais que passaram pelo procedimento delineado pelo § 3º do artigo 5º, haja vista que só estes detém o *status* de emenda constitucional.

Mesmo assim, pairasse uma diferença de tratamento e nessa circunstância a Doutrina aduz não ser razoável que os Tratados de Direitos Humanos já ratificados, tenham sido recepcionados pelo Ordenamento Jurídico como mera Lei Federal⁴⁷, com *status* de supralegalidade.

A tese de supralegalidade foi acenada em sessão de 29.3.2000, no julgamento do RHC, pelo voto do Relator, Ministro Sepúlveda Pertence e considerou que os instrumentos protetores de direitos humanos teriam posição hierárquico-normativa infraconstitucional, no entanto diante do seu caráter especial, cunho humanístico, seria dotado de supralegalidadde, no intuito de não subestimar os direitos humanos à mera lei ordinária, valorando assim o sistema de proteção de direitos humanos.

O tema ainda foi posto em debate no STF, por meio de Recurso Extraordinário, que discutia a questão da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel (RE 466.343), no qual o Ministro Gilmar Mendes acrescentou:

(...) parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenção de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados de direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos os tratados de direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam um lugar reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los a

⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. **A Constituição Brasileira de 1998 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.** V.2. Curitiba: EOS Revista Jurídica da Faculdade de Direito, 2000. p.27.

⁴⁶ OLIVEIRA, Erivaldo da Silva. Op. cit., p. 51.

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 27.

legislação ordinária seria subestimar o seu valor no contexto do sistema de proteção dos direito da pessoa humana.⁴⁸

Logo, até o presente momento, essas são as formas de introdução dos Instrumentos Normativos que protegem os Direitos Humanos, pactuados no plano internacional. De maneira que cumpre-se destacar a evolução da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que atualmente entende que as normas que advém de Tratados Internacionais, ocupam o *status* de suprallegalidade, pois estão acima da lei comum, entretanto abaixo da Constituição de 1988⁴⁹.

Ainda, salienta-se que nada obsta, de fato, que os tratados anteriores à emenda Constitucional passem por um novo processo legislativo e recebam um *status* de EC.

Considerações Finais

Em razão da suscitada incógnita na posição hierárquica-normativa dos Tratados e Convenções que versam sobre os Direitos Humanos, frente à Ordem Constitucional por advirem da relação do Direito Internacional com Direito Interno, restavam dúvidas e até mesmo, conflitos em sua aplicação, tais conflitos eram resolvidos por determinação da jurisprudência.

A magnitude do debate é de fato inquestionável, diante da necessidade de direcionamento único sem imprecisão o que enseja de forma concreta uma maior efetividade dos Direitos Humanos aventados pelos instrumentos internacionais.

É importante destacar que o trabalho em tela, de forma alguma visa esgotar ou mesmo aprofundar-se em demasia no tema proposto. Nossa principal objetivo fora tratar de forma clara e sucinta os pontos cruciais referente à aplicabilidade da matéria de Direitos Humanos, bem como, sobre a Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Interno, examinando apenas sua posição hierárquico-normativa.

⁴⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466,343-1 SP. Recorrente Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator; Ministro Cesar Peluso. Brasília, julgamento em 03/12/2008, Dje de 05/06/2009.

⁴⁹OLIVEIRA, Erivaldo da Silva. Op. cit. p. 53.

Salientando que tais Direitos, são de extrema relevância para a sociedade, e os indivíduos como um todo. Promover e respeitar os Direitos Humanos, a Dignidade Humana, é sem sombra de dúvidas, pressuposto essencial para a manutenção e preservação de um Estado de Bem Estar Social, mas para isso é preciso que os regramentos de Direito Internacional tenham uma validade no Ordenamento Jurídico interno tendo força normativa, como as demais leis do país.

Ressalta-se ainda, que com as alterações na Constituição Federal a Jurisprudência do Superior Tribunal Federal ao longo do tempo deu aos regramentos desta matéria, ou seja, aos Instrumentos Normativos, significados diferentes ao longo do tempo. Isso ocorreu pelo fato de terem sofrido mudanças formais internas, no Campo do Direito Internacional Público. Ao ponto de que os Tratados incorporados à Legislação brasileira, sem terem passado pelo processo solene previsto no § 3º do artigo 5º, da Constituição Federal, possuem caráter de norma supraregal, o que representa hierarquicamente um posicionamento acima da Legislação Ordinária, mas inferior a Constituição.

Não obstante, em que pese não tenham passado pelas mesmas formalidades, os Tratados que também tenham um viés protecionista aos Direitos Humanos, corre o risco de em conflito com qualquer norma constitucional, vir a ser afastado. Porquanto é imprescindível interpretar tais regramentos conforme a Constituição e verificar que as normas que protegem os Direitos Humanos, na maioria das vezes, possuem estreita relação com os princípios presentes em nossa Constituição Federal.

Tanto mais, em que pese tenha ocorrido um avanço já alcançado com a mudança da Jurisprudência do STF, a partir do julgamento do RE 466.343-1 SP de 2009, é imprescindível que se tenha uma continuidade na interpretação a fim de que todos os Tratados de Direitos Humanos sejam considerados normas materialmente constitucionais, formando assim um bloco de constitucionalidade.

Agradecimentos

Viemos por meio deste, agradecer ao Professor Dr. Eduardo Biacchi Gomes, Coordenador do Grupo de Pesquisa Patrias - Plataforma de Análises Acadêmicas e Técnica de Direito e Relações Internacionais da América do Sul: do Centro

Universitário Autônomo do Brasil. Que prontamente aceitou nos orientar neste trabalho acadêmico, bem como tem nos acompanhado e incentivado nas atividades relativas ao grupo de pesquisa. Agradecemos também as professoras Dra. Bianca Larissa Klein e Dra. Ana Lúcia Pereira, que atenciosas estão sempre aptas a elucidar nossas dúvidas. Por fim, agradecemos a todos os demais professores e membros do grupo Patrias, pois todos têm contribuído imensamente para o nosso aprendizado e desenvolvimento acadêmico. Integrar o grupo Patrias, como alunas pesquisadoras, tem sido uma experiência que muito tem acrescentado à nossa formação. A todos dedicamos nossos sinceros agradecimentos.

Referências Bibliográficas

ANGELO, Vitor Amorin de. **Constituição de 1988:** Contexto histórico e Político. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/constituicao-de-1988-1-contexto-historico-e-politico.htm>>. Acesso em: 12. Set. 2016.

ARENDT, Hanna. As origens do Totalitarismo. São Paulo: Cia das Letras, 1989.
BRANDÃO, Adelino. Os Direitos Humanos Antologia de Textos Históricos. São Paulo: Landy, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466,343-1 SP. Recorrente Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator; Ministro Cesar Peluso. Brasília, julgamento em 03/12/2008, Dje de 05/06/2009.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos Humanos e Estado. In: FESTER, Antonio Carlos Ribeiro. Direitos Humanos e... São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 93-105; 95.

Decreto Nº 7.030, De 14 de Dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 06. Set. 2016.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzana. Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação moral da Constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

FACHIN, Melina Girardi. Direitos Humanos e Desenvolvimento. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FONSECA, José Roberto Franco da. Especificidades das Regras Jurídicas Internacionais. Dimensão Internacional do Direito. Estudo sobre a Contribuição de um Direito Regional para a Integração Econômica. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

GUERRA, Sidney. Os Direitos Humanos numa Perspectiva do Direito Internacional: para uma Justiça Cosmopolita? In: __ (Coord.). Direitos Humanos: Uma Abordagem Interdisciplinar. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 1-16.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos e Relações Internacionais: Doutrina e Instrumentos Internacionais do Proteção dos Direitos Humanos. Campinas: Agá Juris, 2000.

MEDEIROS, Fábio Andrade. Monismo e Dualismo no Direito Internacional e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a Incorporação dos Tratados de Direitos Humanos ao Ordenamento jurídico nacional. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=241dfe5e876da942>>. Acesso em: 06. Set. 2016.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito Internacional Americano: Estudo sobre a Contribuição de um Direito Regional para a Integração Econômica. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 129-130.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O Direito Internacional Público no Direito Brasileiro. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). Dimensão Internacional do Direito: Estudos em Homenagem a G.E. do Nascimento e Silva. São Paulo: LTR, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Erival da Silva. Direito Constitucional: Direitos Humanos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Erivaldo da Silva. Direitos Humanos: elementos do direito. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1998 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. V.2. Curitiba: EOS Revista Jurídica da Faculdade de Direito, 2000.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. Resumo de Direitos Humanos e da Cidadania: Roteiro Prático para Concursos. São Paulo: Iglu, 2001.

RAMINA, Larissa. Direito Internacional Convencional. Rio Grande do Sul: Unijui, 2006.

REZEL, José Francisco. Direito Internacional Público. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

SHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização o direito no contexto da Constituição de 88. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (Coord). Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.45-60.

SOARES, Guido Fernando da Silva. Curso de Direito Internacional Público, v.1. São Paulo: Atlas, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos; BATISTA, Anne Carolinne. Direitos Humanos e Processos de Lutas na Perspectiva da Interculturalidade. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coords.). Teoria Crítica dos Direitos Humanos: Memoriam Joaquín Herrera Flores. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 131-151.

XIMENES ROCHA, Fernando Luiz. A incorporação dos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos no Direito Brasileiro. 33.n. 130 abril/jun. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 1996.